

**CONTRATACIÓN TELEFÓNICA O ELECTRÓNICA Y
CONDICIONES GENERALES: REFLEXIONES TRAS LA
DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 5.4 DE LA LEY SOBRE
CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y DEL RD
1906/1999**

Aránzazu Pérez Moriones

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco (UPV-EHU)

Resumen: El presente trabajo pretende dar respuesta al interrogante relativo al régimen aplicable en materia de requisitos de incorporación en los supuestos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales tras la derogación del artículo 5.4 LCGC y del RD 1906/1999. Para ello se propone reconducir los supuestos mencionados a la regulación general contenida en el artículo 5 LCGC, siempre teniendo en cuenta las diferencias que presentan ambos supuestos en cuanto a la formación del contrato, el medio de comunicación utilizado y el soporte material del mensaje. Resulta, por tanto, necesario equilibrar la exigencia del cumplimiento de los requisitos de incorporación con las particularidades de cada uno de los medios, telefónico y electrónico. A su vez, la condición de consumidor y usuario del adherente le permitirá a este último servirse de la regulación de los contratos celebrados a distancia contenido en la LGDCU en tanto mecanismo indirecto de protección en la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

Palabras clave: contratos telefónicos o electrónicos, condiciones generales de la contratación, requisitos de incorporación, protección de los consumidores y usuarios.

Title: Telephone or electronic contracts and general conditions: reflections after the repeal of article 5.4 General Conditions of Contracting Act and of the RD 1906/1999

Abstract: This paper seeks to answer the question of incorporation requirements in telephone or electronic contracts with general conditions after the repeal of article 5.4 LCGC and RD 1906/1999. We propose to redirect these cases to the general regulation about incorporation requirements contained in article 5 LCGC, always taking into account the differences that they present in the formation of the contract, the means of communication used and the material support of the

message. It is therefore necessary to balance the requirement of compliance with the requirements of incorporation with the particularities of each of the media. At the same time, the condition of consumer and user of the adherent will allow to use the regulation of distance contracts contained in LGDCU as an indirect mechanism of protection in telephone and electronic contracts with general conditions.

Key words: telephone or electronic contracts; general conditions of contracts; incorporation requirements; protection of consumers and users.

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. Contratación telefónica o electrónica y condiciones generales: el artículo 5.4 LCGC y el RD 1906/1999. 3. Contratación telefónica o electrónica con condiciones generales tras la derogación del artículo 5.4 LCGC y del RD 1906/1999. 3.1. Planteamiento. 3.2. Contratación electrónica con condiciones generales. 3.3. Contratación telefónica con condiciones generales. 3.4. En particular, la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en los supuestos de adherente consumidor. 3.4.1. *Planteamiento.* 3.4.2. *La regulación de los contratos celebrados a distancia en tanto instrumento indirecto de protección del consumidor y usuario en la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales*

1. Planteamiento

El pasado día 28 de marzo se publicó en el BOE la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre¹. La razón justificativa de dicha reforma es la transposición al derecho interno de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores², por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/77/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Así, la Directiva 2011/83/UE deroga la normativa europea vigente sobre protección de los consumidores en contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, establece un nuevo marco legal en esta materia y modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo³. En definitiva, aquella trae consigo un “nuevo impulso” a la

¹ Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, BOE nº 76, de 28 de marzo.

² Sobre la mencionada Directiva, puede consultarse MENDOZA LOSANA, A. I., “Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Directiva de Servicios”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012, págs. 45 y ss.

³ Como se señala en el punto I del Preámbulo, “(L)a directiva supone un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación de un mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo que crean obstáculos significativos en el mercado interior

protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación del mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica y a eliminar las disparidades que existen hasta la fecha en la legislación europea en materia de contratos de consumo, las cuales crean obstáculos en el mercado interior⁴. Resultado de ello es la ampliación de la armonización de los ordenamientos internos de los Estados bajo un enfoque de armonización plena y la introducción de modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en materia de contratos con los consumidores y usuarios⁵. En cualquier caso, la Ley 3/2014 advierte que los criterios que se han seguido en la transposición han sido la fidelidad al texto de la Directiva y el principio de mínima reforma de la actual normativa.

Dentro de las novedades contenidas en la Ley 3/2014 destacan, entre otras, la modificación de los conceptos de consumidor y usuario y empresario, la incorporación del concepto de establecimiento mercantil, la modificación de la regulación de las prácticas comerciales desleales, el reforzamiento de la información al consumidor y usuario, así como el nuevo régimen aplicable a los contratos celebrados a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil⁶. Ahora bien, la Ley 3/2014 también incluye una disposición derogatoria única, mediante la cual se derogan los artículos 39 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, el apartado 4 del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación –en adelante, LCGC–, el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 LCGC de condiciones generales de la contratación y cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la Ley 3/2014. Si atendemos al preámbulo de la Ley⁷, la derogación del artículo 5.4 LCGC y del Real Decreto 1906/1999 encuentra su razón de ser en que sus disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone⁸.

⁴ Véase punto I del Preámbulo.

⁵ Así, punto I del Preámbulo.

⁶ Al respecto, pueden consultarse los trabajos incluidos en el nº 9 de la *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, dedicado específicamente a la Ley 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como BERROCAL LANZAROT, A. I., "Líneas maestras de la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Actualidad civil*, 2014, nº 6; BOTANA GARCÍA, G. A., "Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", *Diario La Ley*, nº 8301, 2014; COSTAS RODAL, L., "Novedades en materia de contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera del establecimiento tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de reforma del TRLCU/2007", *Aranzadi civil-mercantil*, año 2014, volumen 2, nº 3; o VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., "Los requisitos formales de los contratos a distancia tras la reforma del texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios", *Aranzadi civil-mercantil*, año 2014, volumen 2, nº 7.

⁷ Véase punto III del Preámbulo.

⁸ En efecto, la Directiva 2011/83/UE se aleja del principio de armonización mínima presente en la Directiva 85/77/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia –derogadas, recuérdese, por la primera—. Antes al contrario, la Directiva 2011/83/UE pretende la plena armonización tanto de la información facilitada al consumidor y del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los

2. Contratación telefónica o electrónica y condiciones generales: el artículo 5.4 LCGC y el RD 1906/1999

El artículo 5 LCGC presenta una especial importancia en sede de condiciones generales de la contratación, ya que, junto con el artículo 7 del mismo cuerpo legal⁹, disciplina el denominado “control de inclusión” o “control de incorporación”. La ruptura del Derecho contractual tradicional que se produce como consecuencia de la utilización de condiciones generales de la contratación explica la adopción de ciertas medidas tendentes a garantizar las condiciones que deben aplicarse a cada contrato singular¹⁰. En efecto, nos encontramos ante cláusulas predispuestas, es decir, redactadas con anterioridad a la celebración del contrato, y que, además, son impuestas, de modo que pasan a formar parte del contrato por decisión del predisponente. De este modo, el “control de incorporación” actúa en la fase de perfección del contrato y mediante el mismo se busca la correcta formación de la voluntad de la parte adherente, de modo que pueda tener a su alcance los elementos de juicio suficientes para poder conocer el contenido de la relación jurídica que entabla¹¹. No se entra, por tanto, a analizar la legalidad intrínseca de las condiciones generales, sino si pueden o no incorporarse válidamente a un contrato. Por ello, el control de incorporación se centra en la accesibilidad de las condiciones generales y en su legibilidad. Como resultado, el adherente debe tener la posibilidad de conocer las condiciones generales del contrato y éstas deben ser claras. De ahí que se califique al control de incorporación como formal o “tímido”, frente al control sustancial o “real” que supone el control de contenido¹².

La posibilidad de conocimiento de las condiciones generales pasa necesariamente por el deber de información del predisponente¹³, que, lógicamente, se articula de distinto modo dependiendo de la concreta modalidad contractual de que se trate. Precisamente esta última circunstancia viene a explicar la estructura adoptada por el artículo 5 LCGC¹⁴: el párrafo primero dedicado a las reglas de incorporación

contratos celebrados fuera del establecimiento, como de determinados aspectos reglamentarios fundamentales –véanse considerandos 5 y 7—. De este modo, se pretende contribuir a un elevado nivel de protección de los consumidores y a un mejor funcionamiento del mercado interior entre empresas y consumidores y reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes.

⁹ Véanse, igualmente, en el ámbito específico de los consumidores y usuarios, los artículos 80 y 81 LGDCU –anteriormente, art. 10.1.a) y b) LGDCU—.

¹⁰ Por todos, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C. “Comentario al artículo 7 LCGC”, en ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 73 y 74.

¹¹ En este sentido, FELIÚ REY, M. I., “Comentario al artículo 5 LCGC”, en ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, ob. cit., pág. 55. Por lo demás, en relación con el sentido y la finalidad de los requisitos de incorporación véase, por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5. Requisitos de incorporación”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, págs. 147 y ss.

¹² Al respecto, véanse artículos 8 LCGC y 83 LGDCU.

¹³ Como gráficamente señala FELIÚ REY, M. I., “Comentario al artículo 5 LCGC”, en ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, ob. cit., pág. 55.

¹⁴ Para una valoración de la regulación de los requisitos de incorporación contenida en la LCGC, nos remitimos a las observaciones de DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC”, en

aplicables a los contratos celebrados por escrito –aceptación de la incorporación de las condiciones generales, firma del contrato, información expresa del predisponente al adherente de la existencia de condiciones generales y entrega de un ejemplar¹⁵—; el párrafo tercero, a los contratos que no deben formalizarse por escrito –anuncio de las condiciones generales en un lugar visible o inserción en la documentación del contrato o garantía al adherente de la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración¹⁶—; y el párrafo cuarto, a los casos de contratación telefónica o electrónica.

El ya derogado artículo 5.4 LCGC preveía que “(E)n los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que consten en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”. Como resultado, el control de incorporación de las condiciones generales en los casos de contratación telefónica o electrónica se asentaba sobre su aceptación y el envío inmediato al consumidor de la justificación escrita de la contratación efectuada. Además, se exoneraba del requisito de la firma convencional y se remitía su regulación a un posterior desarrollo reglamentario.

El precepto transcrito planteó importantes problemas, debidos fundamentalmente a los errores que presentaba en la concepción de las dos modalidades contractuales –telefónica y electrónica— y a errores de redacción¹⁷. Así, el artículo 5.4 LCGC otorgaba un tratamiento común a la contratación telefónica y electrónica a efectos de la incorporación de las condiciones generales, cuando una y otra modalidad presentan sus propias particularidades, las cuales pueden ocasionar disfunciones en el cumplimiento de los requisitos comunes establecidos al efecto, tal y como quedará confirmado en páginas posteriores. Por su parte, entre los errores de redacción, llamaba particularmente la atención la alusión al “consumidor” –no al “adherente”–,

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2002, págs. 274 y ss.

¹⁵ “Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”.

¹⁶ “Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña a su celebración; o que, de cualquier forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración”.

¹⁷ *In extenso*, DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., págs. 299 y ss.

cuando en el ámbito subjetivo de aplicación de la LCGC se incluye cualquier persona física o jurídica –art. 2 LCGC—¹⁸.

Por su parte, el desarrollo reglamentario previsto en el artículo 5.4 LCGC se llevó a cabo mediante el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998¹⁹. Sin embargo, la doctrina que se pronunció al respecto se manifestó de forma sumamente crítica, por entender no sólo que dicha especial regulación reglamentaria era innecesaria, sino que, una vez realizada, la misma iba más allá de los límites de la remisión contenida en el artículo 5.4 LCGC y que planteaba problemas con las normas en vigor en aquel momento²⁰. El mencionado Real Decreto se estructuraba en torno a cinco preceptos, en los que se fijaba su ámbito de aplicación –art. 1—, el deber de información previa –art. 2—, la confirmación documental de la contratación efectuada –art. 3—, el derecho de resolución –art. 4— y la atribución de la carga de la prueba –art. 5—. En buena lógica, el análisis de su contenido excede con mucho el objeto del presente trabajo, si bien resulta necesario realizar algunas observaciones acerca de la regulación en él contenida²¹.

El RD 1906/1999 condicionaba la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación a la satisfacción, por parte del predisponente, de ciertos requisitos en distintos momentos temporales. Así, su artículo 2 establecía un doble deber para el predisponente: por un lado, facilitar al adherente, como mínimo en los tres días naturales a la celebración del contrato, de modo veraz eficaz y completo, información sobre todas y cada una

¹⁸ Apunta DURANY PICH, S., "Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., pág. 301, que gran parte de los errores que contenía el artículo 5.4 LCGC se comprenden a la luz del *iter legislativo*: aquel tiene su origen en una recomendación de la Asociación Española de Banca Privada al Anteproyecto, donde se sugería que la exigencia de firma se suavizara en los contratos telefónicos y electrónicos. Posteriormente, esta recomendación fue hecha suya por el Consejo de Estado y recogida finalmente en el artículo 4.4 del Proyecto de Ley. En la discusión parlamentaria, se introdujo la remisión reglamentaria de la regulación de la aceptación a partir de la enmienda nº 80 del grupo parlamentario catalán, mientras que la exigencia de envío de justificante fue fruto de la enmienda nº 54, propuesta por el grupo federal IU-IC, rechazada inicialmente por la Ponencia, pero incluida finalmente por la Comisión de Justicia e Interior en el texto definitivo.

¹⁹ Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, BOE nº 313, de 31 de diciembre.

²⁰ Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Artículo 5. Requisitos de incorporación", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales...*, ob. cit., págs. 169 y ss.; y, especialmente, JUSTE MENCÍA, J., "Comentario al artículo 5.4 LCGC", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., págs. 336 a 341.

²¹ Para un análisis del RD 1906/1999 nos remitimos a las observaciones de JUSTE MENCÍA, J., "Comentario al artículo 5.4 LCGC", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., págs. 341 y ss.; y, en cuanto a su conexión con las previsiones de la LGDCU, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Comentario al artículo 80 LGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (Director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2011, págs. 703 y ss.

de las cláusulas del contrato; y, por otro lado, remitirle el texto completo de las condiciones generales, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada. A su vez, una vez celebrado el contrato, el artículo 3.1 exigía que el predisponente enviara al adherente inmediatamente y, a más tardar, en el momento de entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, justificación por escrito o, a propuesta del mismo, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado y en su propio idioma o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta relativa a la contratación efectuada donde debían constar todos los términos de la misma. Además, sobre el predisponente pesaba el deber de indicar en la información previa los distintos tipos de soportes entre los que podía elegir el adherente como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada²². Estas previsiones quedaban completadas con el reconocimiento a favor del adherente de un derecho de resolución, a ejercer dentro del plazo de siete días hábiles²³, el cual había de computarse, si el contrato tenía por objeto la entrega de bienes, a partir de su recepción por el adherente, y en los casos de prestaciones de servicios, a partir del día de celebración del contrato. Por su parte, el ejercicio del derecho de resolución llevaba aparejada la devolución por parte del predisponente de las cantidades recibidas sin retención alguna inmediatamente y nunca después de treinta días.

3. Contratación telefónica o electrónica con condiciones generales tras la derogación del artículo 5.4 LCGC y del RD 1906/1999

3.1. Planteamiento

La derogación del artículo 5.4 LCGC y del RD 1906/1999 mediante los que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales obliga a dar una respuesta a cuál es el régimen aplicable a estos supuestos de contratación en materia de requisitos de incorporación. La respuesta diferirá, siquiera parcialmente, dependiendo de si el adherente es consumidor o no. En efecto, en el primer supuesto resultarán de aplicación las normas contenidas en la LCGC y en la LGDCU, mientras que, en el segundo supuesto, únicamente habrán de aplicarse las normas contenidas en la LCGC. En cualquier caso, avanzamos ya la consideración que aquella derogación ha de ser considerada como una oportunidad para intentar proporcionar un tratamiento jurídico a la problemática que se deriva de la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, siquiera más adecuado al existente hasta la fecha; máxime si se tienen en cuenta las críticas vertidas

²² El apartado tercero del artículo 3 RD 1906/1999 aclara que se entendía por soporte duradero "...cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico".

²³ Ahora bien, el apartado tercero del artículo 4 RD 1906/1999 puntualizaba que "(S)i la información sobre las condiciones generales o la confirmación documental tiene lugar con posterioridad a la entrega de los bienes o a la celebración del contrato, respectivamente, el plazo se computará desde que tales obligaciones queden totalmente cumplidas. En caso de cumplimiento defectuoso o incompleto de la obligación de remitir justificación documental de los términos del contrato a que se refiere el artículo anterior, la acción de resolución no caducará hasta transcurridos tres meses computados en la forma establecida en el apartado anterior".

en relación con las previsiones contenidas tanto en el artículo 5.4 LCGC como en el RD 1906/1999.

Hemos señalado en páginas anteriores que las críticas doctrinales se centraron fundamentalmente en el tratamiento común de dos realidades diferenciadas, en los errores de redacción, así como en la falta de necesidad del posterior desarrollo reglamentario y en la extralimitación de este último. En efecto, contratación telefónica y electrónica presentan diferencias de importancia desde el punto de vista de formación del contrato²⁴. De ahí que resultara errónea la equiparación realizada en su día por el legislador en materia de requisitos de incorporación de condiciones generales. Así, mientras que el contrato telefónico se formaliza oralmente entre dos personas ausentes y –generalmente– de manera inmediata, el contrato electrónico no se formaliza oralmente y tampoco siempre de forma inmediata²⁵. Además, cada una de las modalidades contractuales señaladas presenta una diferente problemática en relación con el cumplimiento de los requisitos de incorporación de condiciones generales, derivada de los distintos medios de comunicación utilizados y de los distintos soportes materiales del mensaje enviado. En este sentido, el principal problema que se suscita en el marco de la contratación telefónica con condiciones generales es el relativo al cumplimiento del requisito de entrega de las condiciones generales o de la posibilidad razonable de conocerlas²⁶. En cambio, en la contratación electrónica los problemas señalados se atenúan debido al soporte técnico utilizado²⁷, que permite conocer las condiciones generales e, incluso, imprimirlas.

Pues bien, la derogación del artículo 5.4 LCGC y del RD 1906/1999 restringe la regulación de los requisitos de incorporación de condiciones generales a la contenida en los apartados en vigor de aquel precepto y obliga a otorgar un tratamiento diferenciado a la contratación con condiciones generales para los casos de contratación telefónica y contratación electrónica. Mientras que el primero de los supuestos habrá de reconducirse a la regulación contenida en el apartado tercero del artículo 5 LCGC aplicable a los contratos que no deben formalizarse por escrito, el segundo de los supuestos deberá encontrar acomodo en el apartado primero del mismo precepto, en el que se establecen las reglas de incorporación aplicables a los contratos celebrados por escrito.

²⁴ Insiste en esta importante cuestión DURANY PICH, S., "Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., pág. 301.

²⁵ Por todos, DURANY PICH, S., "Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., págs. 301 y 302. En cualquier caso, la matización de que "generalmente" la celebración del contrato telefónico es inmediata es nuestra.

²⁶ Así, DURANY PICH, S., "Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., pág. 302; o PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Comentario al artículo 80 LGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (Director), *Comentarios a las Normas de Protección...*, ob. cit., pág. 705.

²⁷ Como advierte DURANY PICH, S., "Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., pág. 302.

En cualquier caso, la satisfacción de los requisitos de incorporación habrá de ponderarse teniendo en cuenta las particularidades del soporte técnico empleado. Así, basta tener presente que, en el momento de redacción de la LCGC, la opción del legislador fue dedicar uno de los apartados del artículo 5 a regular específicamente los requisitos de incorporación de condiciones generales en la contratación telefónica y electrónica. Por ello, la solución propuesta es aplicar la regulación de los requisitos de incorporación previstos para las modalidades de contratación genéricas dentro de las cuales se pueden subsumir la contratación telefónica y electrónica, siempre teniendo presente que los requisitos exigidos en los apartados uno y tres del artículo 5 LCGC no se ajustan exactamente a las especificidades de estas últimas modalidades de contratación. De ahí la necesidad de equilibrar la exigencia del cumplimiento de los requisitos de incorporación con las particularidades de cada uno de los medios, telefónico y electrónico, siempre teniendo presente los intereses en juego. Como fue sostenido en su día por cierto sector doctrinal²⁸, el legislador debe establecer unos requisitos de incorporación suficientes para garantizar un contenido contractual razonable, pero no asfixiantes, mientras que los jueces no deberán ser excesivamente exigentes en su aplicación para no incurrir en formalismos.

3.2. Contratación electrónica con condiciones generales

El aumento del volumen de contratación electrónica, así como su extensión a sectores de actividad cada vez más diversos llevan a presumir un incremento del ritmo de crecimiento de la celebración de contratos electrónicos, a lo que sin duda favorecerán factores como la mayor implantación de nuevas tecnologías en las viviendas²⁹ y el aumento progresivo de la confianza en Internet en tanto medio para contratar. En buena lógica, la contratación electrónica ha sido objeto de regulación, siquiera parcial, en el Título IV de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico³⁰ —en adelante, LSSI—. En concreto, en su artículo 27.4, en el que se regulan las obligaciones previas a la contratación, se establece que “Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser

²⁸ Véase DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., pág. 275, que sostiene su opinión aludiendo a la práctica judicial, en el sentido de que sólo cuando surgen problemas se plantean las cuestiones relativas de formación del contrato, generalmente porque el abogado busca el resquicio legal dirigido a declarar nula la cláusula que la otra parte pretende aplicar y para ello se sirve del argumento del incumplimiento de los requisitos de incorporación.

²⁹ Al respecto, es suficiente con una valoración de los datos proporcionados por la “Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2014”, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística. En ella se indica que el 74,4% de los hogares españoles dispone de conexión a Internet, lo que supone que en España existen 11,9 millones de hogares con acceso a Internet. Ha de tenerse presente que la media nacional de viviendas con acceso a Internet en el año 2011 era del 63,9% y únicamente del 30,85% en el año 2004.

³⁰ Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, BOE nº 166, de 12 de julio.

almacenadas y reproducidas por el destinatario". A su vez, el incumplimiento de este deber es calificado como infracción grave ex artículo 38.3.e) LSSI. En cualquier caso, una interpretación sistemática del artículo 27.4 LSSI con los artículos 7.a) LCGC y 80.1.b) LGDCU determina la ineficacia de las condiciones generales que no hayan sido puestas a disposición del destinatario³¹.

Obsérvese, por tanto, que específicamente, en sede de contratos electrónicos, la LSSI exige que el prestador del servicio ponga a disposición del destinatario las condiciones generales de la contratación de forma que este último pueda almacenarlas y reproducirlas. Sin embargo, este requisito no deja de constituir una suerte de reiteración de uno de los requisitos exigidos en el artículo 5.1 LCGC –la entrega de un ejemplar–, a los que nos referiremos con posterioridad. En efecto, de la lectura de este último precepto se deduce que los requisitos de incorporación exigibles para la contratación escrita, dentro de la cual incluimos la contratación electrónica, son la aceptación de la incorporación de las condiciones generales, la firma del contrato, la información expresa de la existencia de condiciones generales y la entrega de un ejemplar. Con todo, la redacción de este artículo ha sido objeto de crítica doctrinal, por entender que repite requisitos y que la exigencia de la firma del contrato resulta excesivamente formalista, siendo suficiente con el requisito de la aceptación de la incorporación de las condiciones generales, sin necesidad, por tanto, de firma del contrato³². Recuérdese, por otra parte, que el antiguo artículo 5.4 LCGC, al regular específicamente la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, exoneraba del requisito de la firma convencional. Como resultado, a nuestro juicio, la incorporación de condiciones generales en la contratación electrónica habrá de venir condicionada al cumplimiento de los requisitos de aceptación, información previa de la existencia –o aviso– y entrega.

Como hemos indicado, el primer requisito exigido por el artículo 5.1 LCGC es la aceptación de la incorporación de las condiciones generales por parte del adherente. En un segundo inciso, aquel precepto aclara que "(N)o podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas". Sin embargo, lo que el legislador ha pretendido declarar es que la aceptación no es válida o eficaz si, previamente, no se han satisfecho los requisitos de información expresa al adherente acerca de la existencia de las condiciones generales y de puesta

³¹ Del mismo modo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Comentario al artículo 80 LGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (Director), *Comentarios a las Normas de Protección...*, ob. cit., pág. 703.

³² Por todos, DURANY PICH, S., "Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., págs. 281, 282 y 284, que aboga por una interpretación flexible del requisito de la firma del contrato, que habrá de entenderse cumplido cuando conste fehacientemente la aceptación del adherente, aunque no haya firmado

a disposición de un ejemplar de las mismas³³. Difícilmente se puede aceptar la incorporación de condiciones generales de la contratación si estas no se conocen. Y, a su vez, para que estas puedan ser conocidas por el adherente, el predisponente de las mismas debe habérselas facilitado previamente a aquel. Normalmente, en los casos de contratación electrónica, la aceptación de las condiciones generales suele llevarse a cabo marcando una casilla en el momento inmediatamente anterior a la celebración de la compra, acto mediante el cual se aceptan aquellas³⁴.

La aceptación de la incorporación de condiciones generales requiere el conocimiento previo de su existencia. De ahí la declaración contenida en el artículo 5.1 LCGC en el sentido de que no ha habido aceptación de la incorporación de condiciones generales cuando el predisponente no ha informado previamente al adherente de su existencia. Como también se exige en aquel precepto, la información de la existencia de condiciones generales ha de ser expresa, lo que excluye tanto la información tácita como la información presunta. Lógicamente, mediante este requisito se busca que el adherente sepa que existen unas condiciones generales a las cuales, en su caso, quedará vinculado como consecuencia de la celebración del contrato. Pues bien, aun cuando la casuística puede ser diversa³⁵, el supuesto más habitual en contratación electrónica es la inclusión de un mensaje en la página web en el que se hace referencia a la existencia de condiciones generales, pero sin que estas aparezcan a la vista, las cuales, en cualquier caso, tienen que estar presentes y accesibles en la página web³⁶. Ahora bien, la ubicación de las condiciones generales de la contratación requiere una ulterior matización. En este sentido, compartimos la opinión doctrinal que sostiene que el mensaje –o aviso expreso– tiene que estar situado de tal manera que le sea reconocible al adherente en el momento de perfeccionarse el contrato o de emitir su pedido, no siendo suficiente con un aviso al respecto en la página principal. No cabría, por tanto, que en el momento de proceder a la contratación, el adherente se viera obligado a retroceder a la página principal a la búsqueda de dichas condiciones generales.

³³ Por todos, DURANY PICH, S., "Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., pág. 283.

³⁴ Como puntualiza PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Comentario al artículo 80 LGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (Director), *Comentarios a las Normas de Protección...*, ob. cit., pág. 704, no sería suficiente para dar cumplimiento al requisito con la mera aceptación del contrato, aun cuando justo en el lugar previsto para realizar el consentimiento contractual se incluyera una referencia a la existencia de cláusulas contractuales no negociadas o, incluso, un enlace a las mismas.

³⁵ Seguimos a DURANY PICH, S., "Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., págs. 310 y 311.

³⁶ Sorprende, por tanto, el incumplimiento de este requisito por parte de algunas empresas, bien por no incluir el aviso de la existencia de condiciones generales de la contratación, bien, porque, aun incluyéndolo, el adherente se ve obligado a realizar una auténtica "búsqueda del tesoro", tras unas condiciones generales cuya ubicación en la página web no puede calificarse sino de oculta, lo que, en la práctica, supone el incumplimiento del requisito de la información previa de la existencia de condiciones generales. En definitiva, habrá de convenir que prácticas como las señaladas no satisfacen el requisito de información de la existencia de condiciones generales, previsto en el artículo 5.1 LCGC.

En estrecha conexión con la exigencia anterior, el artículo 5.1 LCGC exige un último requisito a efectos de la incorporación de condiciones generales de la contratación: facilitar un ejemplar de las mismas. En buena lógica, mediante este requisito se busca que el adherente pueda conocer el contenido de las condiciones generales de la contratación. Así, mediante el requisito de información de la existencia de condiciones generales, el predisponente se limita a advertir al adherente de su existencia. Sin embargo, este último únicamente tendrá posibilidad de conocerlas si el predisponente le ha facilitado un ejemplar de las mismas. La doctrina ya subrayó en su día la redacción excesivamente restrictiva del inciso del precepto, proponiendo una formulación del requisito del tipo “posibilidad razonable de conocer”³⁷. Pues bien, precisamente la redacción adoptada por el artículo 27.4 LSSI se aproxima más a la propuesta doctrinal transcrita. Así, a tenor del precepto mencionado, “(C)on carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”. Por tanto, para los supuestos de contratación electrónica habrá de entenderse que el predisponente satisface el requisito general de facilitar un ejemplar de las condiciones generales de la contratación ex artículo 5.1 LCGC siempre que haya puesto a disposición del adherente dichas condiciones generales. Habitualmente, la puesta a disposición se realiza incluyendo en la web un icono, de modo que, al colocar el cursor sobre el mismo o al pincharlo, se despliegan las condiciones generales de la contratación. En cualquier caso, la LSSI exige que la puesta a disposición se realice de tal manera que las condiciones generales puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario, lo que, a juicio de la doctrina, implica para el empresario un deber de abstenerse de implantar dispositivos anti-copia³⁸.

3.3. Contratación telefónica con condiciones generales

Ya hemos señalado que la contratación electrónica y telefónica con condiciones generales presenta una problemática diversa desde el punto de vista de la satisfacción de los requisitos de incorporación de condiciones generales. Ello se debe fundamentalmente a que mientras el contrato electrónico no se formaliza oralmente –se dispone de la página web en tanto “soporte material”– y tampoco siempre de forma inmediata, el contrato telefónico se formaliza oralmente y de forma habitualmente inmediata entre dos personas ausentes. Por ello, una vez derogado el apartado cuarto del artículo 5 LCGC, que contenía una regulación específica al respecto, la ubicación natural de esta modalidad contractual no es otra que el apartado

³⁷ Por todos, DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., pág. 289 y, en concreto, respecto de la contratación electrónica, pág. 312.

³⁸ Así, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Comentario al artículo 80 LGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Director), *Comentarios a las Normas de Protección...*, ob. cit., pág. 703.

tercero del mismo precepto, en el que se establecen los requisitos de incorporación para los contratos que no deben formalizarse por escrito³⁹.

Por lo demás, la lectura del artículo 5.3 LCGC se deduce que los requisitos de incorporación son el anuncio de las condiciones generales en un lugar visible, la inserción en la documentación del contrato o la garantía al adherente de la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. Obsérvese que el artículo 5.3 LCGC no incluye la aceptación entre los requisitos de incorporación de condiciones generales en caso de contratación oral. Antes al contrario, la aceptación se presume, por lo que el adherente debe rechazarlas expresamente si no desea su inclusión. En cualquier caso, el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 5.3 LCGC en el supuesto específico de contratación telefónica presenta sus propias particularidades, lo que obliga a un cierto ajuste. En efecto, la contratación telefónica no es sino una contratación oral a distancia y precisamente la falta de presencia simultánea de predisponente y adherente habrá de modular el cumplimiento de tales requisitos. Es cierto, sin embargo, que la exigencia de los requisitos se realiza de forma disyuntiva, de modo que resulta suficiente con el cumplimiento de uno de ellos a efectos de que las condiciones generales sean incorporadas al contrato.

Con todo, habrá de admitirse la dificultad –e, incluso, en ocasiones, la imposibilidad– que plantea el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 5.3 LCGC, pensados para “...el contrato que no deba formalizarse por escrito”, pero no específicamente para el contrato telefónico, ya que este se encontraba regulado en aquel momento en el apartado cuarto del mismo precepto. Así, la falta de presencia simultánea de las dos partes contratantes en un lugar físico, propia de la contratación telefónica, se aviene mal con el cumplimiento del requisito del anuncio de las condiciones generales “...en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio”. El artículo 5.3 LCGC prevé un segundo supuesto de inclusión de las condiciones generales en caso de contratos orales: la inserción en la documentación del contrato que acompaña a su celebración. Sin embargo, de nuevo las particularidades de la contratación telefónica –formalización oral entre dos personas ausentes y, generalmente, de forma inmediata– dificultan el cumplimiento de este requisito. De hecho, esta exigencia únicamente se puede satisfacer tras la celebración del contrato, lo que, en principio, ha de ser calificado de insuficiente. En efecto, el adherente debe tener posibilidad de conocer la existencia de las condiciones generales con carácter previo a la celebración del contrato.

³⁹ En puridad, el artículo 5.3 LCGC circunscribe su ámbito de aplicación al “...contrato que no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida”. Sin embargo, la doctrina ha defendido su aplicación a los contratos celebrados habitualmente de forma oral –por todos, DURANY PICH, S., “Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...*, 1ª ed., ob. cit., pág. 294—. En concreto, la exigencia del segundo de los requisitos ha sido considerada superflua, puesto que ya se prevé en las regulaciones especiales en aras de la protección del consumidor. Además, restringe en exceso el ámbito de aplicación del mencionado precepto.

A modo de cierre, la incorporación de las condiciones generales también se produce, en el caso de la contratación oral, cuando "...de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración". Esta previsión permitiría incluir todos aquellos otros supuestos mediante los cuales se puede garantizar que el adherente conoce la existencia y el contenido de las condiciones generales en el momento de celebración del contrato. Sin embargo, de nuevo las particularidades de la contratación telefónica dificultan, aunque en este caso no imposibilitan, su aplicación práctica. En efecto, excepcionalmente, cabe que se haya hecho llegar al adherente documentación con las condiciones generales impresas o que aquel las haya consultado en la página web del predisponente y, posteriormente, se haya celebrado el contrato. Sin embargo, la contratación telefónica habitual no se ajusta a las prácticas anteriormente descritas. Antes bien, suele tratarse de una contratación menos pausada o meditada, que tiene su origen en una llamada no previsible del predisponente al adherente⁴⁰, de modo que es con ocasión y durante dicha conversación telefónica cuando se produce la contratación, por tanto, sin que previamente aquel haya tenido conocimiento ni de la existencia ni tampoco, por tanto, del contenido de las condiciones generales. Como resultado, en supuestos como el señalado, la forma de garantizar al adherente el conocimiento de la existencia y el contenido de las condiciones generales en el momento de la celebración requeriría necesariamente el aviso del predisponente y la lectura por parte de este último de las condiciones generales de la contratación durante la conversación telefónica. Sin embargo, a nuestro juicio, la exigencia del cumplimiento de ambos requisitos –aviso de la existencia de condiciones generales y lectura de las mismas– resulta una solución excesiva. En particular, la lectura de las condiciones generales por parte del predisponente se acomoda mal a la contratación telefónica, en la que factores como la falta de presencia simultánea de las partes, los posibles problemas técnicos del canal utilizado o la propia dicción del lector, entre otros, pueden alterar el resultado final. Pero, sobre todo, el cumplimiento de este requisito tampoco garantiza la finalidad última perseguida mediante su exigencia: que el adherente haya entendido o advertido el contenido de las condiciones generales, lo que, en caso afirmativo, determinaría que estas últimas debieran pasar a formar parte del contrato.

Cierto sector doctrinal propuso en su día que en la contratación realizada telefónicamente podría bastar con informar al adherente con carácter previo a la celebración del contrato de la disponibilidad de las condiciones generales en cualquier otra fuente de información, como puede ser una página web del empresario⁴¹. Sin embargo, no compartimos esta solución. En primer lugar, porque supone una variación del medio de comunicación

⁴⁰ De hecho, en estos supuestos, el artículo 98.6 LGDCU prevé el deber del empresario de confirmar la oferta al consumidor por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera, de modo que este último únicamente queda vinculado una vez que haya aceptado la oferta.

⁴¹ Así, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Comentario al artículo 80 LGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (Director), *Comentarios a las Normas de Protección...*, ob. cit., pág. 705.

utilizado –inicialmente el teléfono y, posteriormente, Internet—; variación que para el adherente resultaría en estos casos obligada. No resulta excesivo sostener que debe exigirse cierta consonancia o correspondencia entre el medio de comunicación mediante el que se celebra el contrato y el medio de comunicación a través del cual se da a conocer el contenido de las condiciones generales⁴². En segundo lugar, porque, a pesar del indiscutible aumento en la utilización de tecnologías de la información en los hogares, no existe garantía alguna de que el concreto adherente efectivamente disponga de acceso a Internet. Lógicamente, la solución diferiría en caso de que este último, de forma voluntaria, acceda a la web del empresario y proceda a la consulta de las condiciones generales y, en su caso, a la posterior celebración del contrato. Por ello, en los supuestos de contratación telefónica con condiciones generales entendemos suficiente con que el predisponente advierta al adherente de la existencia de condiciones generales de la contratación. Por lo demás, la condición de consumidor y usuario del adherente le permitirá a este último servirse de los instrumentos de protección que le ofrece la regulación de los contratos a distancia contenida en la LGDCU.

3.4. En particular, la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en los supuestos de adherente consumidor

3.4.1. Planteamiento

Como hemos avanzado, la condición de consumidor o usuario del adherente de condiciones generales le confiere una situación de especial protección. Así, la remisión que contiene el artículo 59.3 LGDCU –así como el reenvío del art. 8.2 LCGC a la LGDCU— han sido interpretados en el sentido de que en contratos de consumo con condiciones generales se aplica tanto la LGDCU como la LCGC: en relación con el control de incorporación e interpretación de las condiciones generales son de aplicación tanto el artículo 80 LGDCU como la LCGC, mientras que en relación con el control de contenido resultan aplicables los artículos 82 a 91 LGDCU⁴³. A los efectos de nuestra exposición, no está de más subrayar que el artículo 80 LGDCU se solapa en buena parte con el artículo 5 LCGC⁴⁴. En efecto, al igual que este último precepto, el artículo 80 LGDCU prevé que las cláusulas no negociadas individualmente utilizadas en contratos con consumidores y usuarios deben cumplir una serie de requisitos en materia de transparencia y accesibilidad. No puede obviarse la circunstancia de que precisamente la Ley 3/2014 ha dado nueva

⁴² Como veremos posteriormente, el artículo 98.1 LGDCU al disciplinar el deber del empresario de facilitar al consumidor y usuario la información exigida en el artículo 97.1 LGDCU o de poner dicha información a disposición de aquel, establece que la puesta disposición debe realizarse “de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas”.

⁴³ Por todos, CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al artículo 59 LGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Director), *Comentarios a las Normas de Protección...*, ob. cit., pág. 476.

⁴⁴ Para una valoración de la dualidad de regulaciones, puede consultarse PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Comentario al artículo 80 LGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Director), *Comentarios a las Normas de Protección...*, ob. cit., pág. 697.

redacción al artículo 80.1.b) LGDCU, que exige la satisfacción del requisito de “accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”, puntualizando, además, que “En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”. Son dos, por tanto, las novedades introducidas en aquel precepto con ocasión de la última reforma de la LGDCU: por un lado, la puntualización del tamaño de la letra en relación con el requisito de la legibilidad; y, por otro lado, la supresión de la exigencia de constancia de la aceptación de todas y cada una de las cláusulas y el envío inmediato al consumidor de justificación de la contratación realizada por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia⁴⁵. Por lo demás, el precepto no contiene mayores especificaciones respecto de cómo se satisface el requisito de la accesibilidad, si bien, en buena lógica, su cumplimiento depende de la forma de contratación empleada⁴⁶. De ahí que nos remitamos a nuestras observaciones anteriores en relación con el cumplimiento del requisito de la accesibilidad en contratos electrónicos y telefónicos.

3.4.2. La regulación de los contratos celebrados a distancia en tanto instrumento indirecto de protección del consumidor y usuario en la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales

La Ley 3/2014 ha introducido en la LGDCU un nuevo régimen de los contratos a distancia⁴⁷, que, como ya hemos señalado, tiene su origen

⁴⁵ “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63.1, en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente”. Como fácilmente puede deducirse esta supresión responde a la derogación del artículo 5.4 LCGC y del RD 1906/1999.

⁴⁶ Tal y como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Comentario al artículo 80 LGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Director), *Comentarios a las Normas de Protección...*, ob. cit., pág. 699.

⁴⁷ No puede olvidarse que la disposición derogatoria única de la Ley 3/2014 también deroga los artículos 39 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista –Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, BOE nº 15, de 17 de enero— y que su disposición final segunda modifica varios de los preceptos de esta última ley, entre los cuales se incluye su artículo 38. Pues bien, a tenor del apartado primero de este último precepto, “Para la calificación de las ventas a distancia se estará a lo dispuesto en el artículo 92 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias...”, mientras que su apartado tercero declara que “Para el ejercicio de las ventas a distancia será de aplicación el régimen contenido en el título III del libro segundo del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias...”. En definitiva, se produce una simplificación de la normativa aplicable a las ventas a distancia, al reconducirse concepto y régimen aplicable a las previsiones contenidas exclusivamente en la LGDCU. Esta derogación ha de ser bienvenida, ya que, de este modo, se pone fin a la existencia de duplicidades de normas reguladoras de una misma materia –en este caso,

en la necesidad de transponer la Directiva 2011/83/UE, la cual, a su vez, había derogado las Directivas anteriores dictadas en materia de contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles⁴⁸. Fundamentalmente, las modificaciones introducidas afectan a aspectos como la definición de contrato a distancia, los requisitos de información precontractual –adaptándose, incluso, a las restricciones técnicas de ciertos medios de comunicación–, los requisitos formales y el derecho de desistimiento. Como acertadamente ha sido señalado⁴⁹, el formalismo en la contratación a distancia, junto con el deber de información precontractual y el derecho de desistimiento constituyen los instrumentos básicos de protección del consumidor en esta modalidad negocial, también, *mutatis mutandi*, en el supuesto de contratos telefónicos o electrónicos con condiciones generales de la contratación.

Recuérdese que el principal problema que suscita la contratación telefónica con condiciones generales es el relativo al cumplimiento del requisito de entrega –o de la posibilidad razonable de conocerlas– y que, precisamente, las dificultades técnicas que se plantean al respecto nos han conducido a sostener que en este supuesto resulta suficiente con la advertencia del predisponente al adherente de la existencia de condiciones generales. Ahora bien, si el adherente es consumidor, sobre el predisponente pesa el deber de facilitar determinada información precontractual, el deber de facilitar o de poner a disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas la mencionada información precontractual y, además, en los casos en que es el empresario el que se ha puesto en contacto telefónico con el consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, el deber de confirmar la oferta por escrito. En definitiva, el cumplimiento de los deberes mencionados por parte del empresario determinan que, en la práctica, el adherente consumidor reciba las condiciones generales de la contratación, bien porque el empresario ha de satisfacer el deber de facilitarle la información precontractual, bien porque si ha sido él quien ha tomado la iniciativa del contacto telefónico, debe además facilitarle la confirmación de la oferta al consumidor. A ello ha de sumarse que, tras la celebración del contrato, el empresario debe facilitarle al consumidor la confirmación del contrato en soporte duradero. Por último y salvo en las excepciones expresamente previstas en la LGDCU, el consumidor dispondría del derecho de desistimiento del contrato.

los contratos a distancia—, que no son siempre coincidentes y que, por tanto, pueden presentar problemas en su aplicación práctica.

⁴⁸ Se trataba de la Directiva 85/77/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

⁴⁹ Así, VÁZQUEZ-PASTOR, L., “Los requisitos formales de los contratos a distancia...”, ob. cit.

La sujeción de los contratos telefónicos o electrónicos a la normativa contenida en el título III de la LGDCU está fuera de toda duda. En efecto, atendiendo al artículo 92.1 LGDCU, “Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor o usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de celebración del contrato y en la propia celebración del mismo”. A continuación, el mismo precepto aclara que tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia, entre otras –es decir, se trata de una enumeración meramente ejemplificativa–, el correo postal, Internet, el teléfono o el fax. Como resultado, los contratos telefónicos o electrónicos necesariamente han de ser calificados como contratos a distancia y se rigen por lo dispuesto en el Título III del Libro Segundo de la LGDCU⁵⁰.

El primero de los instrumentos básicos de protección del consumidor en los casos de contratación a distancia no es otro que la información precontractual⁵¹. En concreto, el apartado primero del artículo 97 LGDCU exige al empresario que facilite al consumidor y usuario de forma clara y comprensible y antes de que aquel quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrador fuera del establecimiento una serie de informaciones. En su anterior redacción, el artículo 97.1 LGDCU se limitaba a establecer un número muy inferior de menciones, las cuales tenían que completarse con el artículo 60 LGDCU, que regula, con carácter general, la información previa en los contratos con consumidores y usuarios. Pues bien, la actual redacción del artículo 97.1 LGDCU no se remite expresamente al artículo 60 LGDCU, cuyo apartado primero exige que el empresario facilite al consumidor y usuario información relevante sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Pues bien, la expresión “condiciones jurídicas” ha de entenderse tanto en sentido estricto como amplio o vulgar⁵², de modo que comprende, en su caso, las condiciones generales a las que quede sujeto el contrato. Ahora bien, la falta de referencia expresa por parte de aquel precepto al artículo 60 LGDCU no ha de ser interpretada en el

⁵⁰ Además, el punto II del preámbulo de la Ley 3/2014 aclara que aquella definición “...abarca también las situaciones en las que el consumidor y usuario únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia”. Por tanto, la calificación de un contrato como “contrato a distancia” requiere que la negociación contractual y su celebración se realicen a distancia.

⁵¹ Igualmente, el punto II del preámbulo de la Ley 3/2014 señala que la nueva LGDCU supone un reforzamiento de la información al consumidor y usuario, a través de la ampliación de los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con consumidores y usuarios, que, en el supuesto particular de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento, han sido objeto de armonización plena.

⁵² En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al artículo 60 LGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Director), *Comentarios a las Normas de Protección...*, ob. cit., pág. 505.

sentido de que la única información precontractual exigible en contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil es la reproducida en el artículo 97.1 LGDCU. En primer lugar, porque el considerando 14 de la Directiva 2011/83/UE señala que “La presente Directiva no debe afectar a la legislación nacional en el ámbito del Derecho contractual respecto a aquellos aspectos del mismo que la Directiva no regula”. Y, en segundo lugar, por la propia ubicación sistemática del artículo 60 LGDCU, en el Capítulo I del Título I del Libro II de la LGDCU, bajo la rúbrica “Disposiciones generales”. En cualquier caso, recuérdese que tanto la LCGC como la LGDCU establecen, respectivamente, en sus artículos 5.1 y 3 y 80.1.b) el conocimiento previo por parte del adherente/consumidor de la existencia y contenido de condiciones generales en tanto requisito de incorporación de las mismas al contrato.

También la sujeción de los contratos a distancia al cumplimiento de ciertos requisitos formales constituye un mecanismo de protección del consumidor y usuario en los contratos telefónicos o electrónicos con condiciones generales. Tales requisitos formales se encuentran previstos en el artículo 98 LGDCU, si bien con la particularidad de que la exigencia de forma se predica tanto del contrato en sí mismo considerado como de la información precontractual a la que ya nos hemos referido. A los efectos de nuestra exposición, resulta necesario subrayar dos aspectos de los deberes formales relativos a la información precontractual. En primer lugar, el artículo 98.1 LGDCU prevé que el empresario facilite al consumidor y usuario la información precontractual exigida en el artículo 97.1 o puesta a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas. Recuérdese que, a nuestro juicio, la información precontractual ex artículo 97.1 LGDCU incluye igualmente las “condiciones jurídicas” – comprensivas, a su vez, de las condiciones generales de la contratación— a que alude el artículo 60.1 LGDCU, por más que, en su actual redacción, no se mantenga la remisión expresa a este último precepto. Con todo, como repetidamente hemos indicado, el conocimiento previo por parte del adherente consumidor de la existencia y contenido de condiciones generales constituye requisito de incorporación de las mismas al contrato, tal y como se prevé en el artículo 5.1 LCGC y en el artículo 80.1.b) LGDCU. En particular, obsérvese que el artículo 98.1 LGDCU exige que la puesta a disposición de la información precontractual se realice “de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas”. Precisamente el necesario cumplimiento de este requisito excluiría la remisión por parte del predisponente a una página web para la consulta de las condiciones generales en el supuesto de contratación telefónica, no así en el supuesto de contratación electrónica, al tratarse de la misma técnica de comunicación a distancia y, por tanto, indudablemente acorde con la técnica de comunicación empleada.

Mayor interés presenta la previsión contenida en el artículo 98.6 LGDCU, que establece que en aquellos casos en que el empresario se

pone en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, debe confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. En buena lógica, con esta previsión se pretende garantizar adecuadamente la recepción de la información precontractual obligatoria y asegurar que el consumidor conoce lo que está aceptando, lo que no es posible si el proceso completo se lleva a cabo en una conversación telefónica⁵³. No parece necesario destacar las importantes consecuencias que, desde el punto de vista práctico, conlleva la aplicación de este precepto. Piénsese que buena parte de la contratación telefónica con consumidores queda subsumida en este supuesto. A ello ha de añadirse que precisamente esta concreta modalidad de contratación – telefónica y a iniciativa del empresario— ha planteado y sigue planteando innumerables conflictos relacionados fundamentalmente con el contenido del contrato, tal y como se puede constatar en cualquiera de las Juntas Arbitrales de Consumo. Pero, además, la obligación que pesa sobre el empresario que se pone en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario de confirmar la oferta por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera permitirá la recepción por parte de este último de las condiciones generales que, en su caso, quedarán incorporadas al contrato⁵⁴. De este modo, la problemática que presentaba la contratación telefónica con condiciones generales respecto de la satisfacción de los requisitos de incorporación queda atenuada, aunque no completamente solventada. Recuérdese que en páginas anteriores hemos sostenido que en la contratación telefónica debería ser suficiente con la advertencia del predisponente al adherente de la existencia de condiciones generales de la contratación. Sin embargo, para el caso de que el adherente sea consumidor y usuario, y siempre que el empresario se haya puesto en contacto telefónico con aquel, a dicha advertencia se debe añadir la posterior confirmación de la oferta, la cual ha de comprender las condiciones generales. La trascendencia del cumplimiento de este requisito se pone de manifiesto en la consecuencia que lleva aparejada. En efecto, tal y como se prevé en el propio artículo 98.6 LGDCU, el consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms.

Por otra parte, en relación con el contrato ya celebrado, el artículo 98.7 LGDCU establece el deber del empresario de facilitar al consumidor y usuario la confirmación del mismo en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del

⁵³ Tal y como señala VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., "Los requisitos formales de los contratos a distancia...", ob. cit.

⁵⁴ Como hemos sostenido en páginas precedentes, entendemos que dentro de la información precontractual obligatoria a que se refiere el artículo 97 LGDCU quedan incluidas las condiciones jurídicas del contrato y, por tanto, las condiciones generales de la contratación.

contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. El mismo precepto puntualiza que la confirmación debe incluir la información que figura en el artículo 97.1, salvo si el empresario ya la ha facilitado al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento. Ahora bien, a nuestro juicio, la dicción del precepto no conduce necesariamente a una interpretación restrictiva del contenido de la confirmación. Así, el artículo 98.7 LGDCU indica que “tal confirmación incluirá”, pero no que se trate de la única información que a incluir, por lo que, antes bien, ha de interpretarse en tanto información mínima que la confirmación ha de contener. Con todo, aun cuando el contenido de la confirmación del contrato se limitara a la información precontractual ex artículo 97.1 LGDCU, ha de recordarse nuestra opinión en el sentido de que la misma incluye igualmente las condiciones generales de la contratación. Como resultado, no existe duda alguna de que la confirmación del contrato habrá de incluir las condiciones generales, salvo, desde luego, que ya le hayan sido facilitadas al consumidor.

Por lo demás, ha de tenerse presente que el incumplimiento del deber de facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato prevista en el artículo 98.7 LGDCU lleva aparejada la posibilidad de la que disfruta el consumidor y usuario de solicitar la anulación del mismo por vía de acción o de excepción. Ahora bien, el consumidor y usuario dispone de un tercer y último instrumento en defensa de sus intereses del que, evidentemente, también se puede servir en el ámbito específico de la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales: el derecho de desistimiento regulado en los artículos 102 y siguientes LGDCU. En efecto, aquel tiene derecho a desistir del contrato durante un periodo de 14 días naturales sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los 107.2 y 108 LGDCU.

En definitiva, la derogación del artículo 5.4 LCGC y del RD 1906/1999 permite reconducir los supuestos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales a la regulación general contenida en el artículo 5 LCGC en materia de requisitos de incorporación. En cualquier caso, resulta necesario equilibrar la exigencia del cumplimiento de estos requisitos con las diferencias que presentan ambos medios, telefónico y electrónico, fundamentalmente en cuanto a la formación del contrato, el medio de comunicación utilizado y el soporte material del mensaje. En el supuesto particular de que el adherente ostente la condición de consumidor y usuario, la aplicación de la regulación de los contratos celebrados a distancia contenida en la LGDCU permite contrarrestar, en la mayoría de los supuestos, la problemática que plantea la satisfacción de los requisitos de incorporación en los casos de contratación telefónica,

fundamentalmente la entrega de las condiciones generales o la posibilidad razonable de conocerlas. Y, en cualquier caso, aquella regulación contiene instrumentos básicos de protección del consumidor y usuario de los que puede servirse este último en caso de que ostente la condición de adherente tanto en contratos telefónicos como electrónicos con condiciones generales. Por su parte, la situación del adherente débil no consumidor difiere sobremanera de la del consumidor y usuario, al no poder servirse de los instrumentos contenidos en la LGDCU, siéndole de aplicación exclusivamente la LCGC.